

Internet au travail : que peut contrôler l'entreprise ?

Eclairage. A l'heure où l'on ne se parle plus, on se téléphone partout, où l'on ne s'écrit plus, on se « SMS », on se « maile », on se « poke » sur « Facebook », on se « twitte », où l'on « télétravaille » tout en plaçant ses enchères sur internet... est-ce toujours l'heure de travailler ?

Une récente étude a évalué en France à une heure par jour le « surf perso » au travail, portant ainsi à 30 heures par semaine le temps de travail effectif des sondés (1). L'enjeu économique de productivité est de taille, mais aussi : la sécurité des systèmes, la protection des données confidentielles de l'entreprise, sa responsabilité vis-à-vis des tiers, etc.

QUELLES SONT LES LIMITES FIXÉES PAR LES JUGES ?

Le Droit a son propre tempo. Et il se met progressivement à jour de ces nouvelles technologies qui ont depuis bien longtemps envahi le monde du travail et les prétoires (la preuve par l'e-mail laissant pourtant à désirer).

Tout a commencé avec l'affaire « Nikon », où la Cour de cassation avait jugé que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » (2). Réminiscence du vieil article 226-15 du Code Pénal qui protège le secret des correspondances émises par voie postale ou par celle des télécommunications (dont la violation est tout de même punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende).

Puis la Cour de cassation avait implicitement ouvert une brèche en estimant qu'un employeur n'avait pu légalement procéder à une recherche sur le disque dur d'un salarié, en son absence et sans l'avoir dûment appelé, dès qu'on ne se trouvait pas dans un « cas de risque ou événement particulier » (3).

Dans le même temps, il fut admis en 2004 que le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des menaces et injures antisémites à un salarié en Israël était nécessairement constitutif d'une faute grave dans la mesure où il préjudiciait gravement à l'image de l'entre-

prise et engageait sa responsabilité (4).

De même que des messages diffusés par leur auteur sur l'intranet de l'entreprise ne peuvent être considérés comme personnels puisque rendus publics (5).

Enfin, en 2006 (6), la chambre sociale de la Cour de cassation a finalement estimé que, jusqu'à preuve du contraire par le salarié, les fichiers informatiques de son poste de travail qui ne sont pas spécialement identifiés comme personnels, sont professionnels, et donc consultables en son absence par son employeur. Et donc :

- soit les fichiers du poste du salarié ne sont pas identifiés comme personnels et l'employeur peut les consulter librement en son absence et les utiliser loyalement à l'appui d'une sanction (à condition qu'y réside bien une faute) ;

- soit les fichiers du poste du salarié sont identifiés comme personnels, et l'employeur ne peut les consulter qu'en présence et avec l'accord du salarié, sauf « en cas de risque ou d'événement particulier dans l'entreprise ». Dans le cas contraire, il s'expose toujours aux sanctions pénales précitées, outre la réparation du préjudice causé au salarié.

Ainsi cet arrêt de la Cour d'appel de Dijon où l'employeur fut condamné à verser des dommages et intérêts au salarié dont il avait utilisé les messages personnels et leur avoir « donné de la publicité en communiquant le contenu complaisamment devant le conseil de prud'hommes comme devant la cour d'appel, peu important que les magistrats soient tenus au secret professionnel, les débats étant en tout état de cause publics » (7).

La Cour de cassation vient de nous donner des illustrations de son interprétation de ces critères. Elle a tout d'abord écarté en juin dernier l'existence d'un « risque ou événement particulier » en estimant que « la violation de données informatiques de l'entreprise référencées sécurité-sûreté » ne justifiait pas la consultation des messageries de 17 salariés à leur insu et en validant une ordonnance de référé ordonnant une enquête conjointe avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles l'administrateur des systèmes avait ainsi pu être amené à prendre connaissance de courriels personnels (8).

Puis elle a ensuite considéré en octobre dernier (9) que « Le répertoire dont la dénomination correspond aux initiales du prénom du salarié ne peut être considéré



Maître Vanessa Lehmann-Mensior (VLM Avocat).

comme personnel ».

Pour enfin considérer en décembre dernier (10) que des fichiers contenant des courriels dénigrant l'employeur auprès de tiers (l'URSSAF, la caisse de retraite, etc.) découverts sur l'ordinateur professionnel d'un salarié, en son absence, pourtant intitulés « essais divers, essais divers B, essais divers restauré » pouvaient justifier son licenciement pour faute grave.

On rappellera en outre que, toujours en cas de risque particulier, l'employeur peut aussi solliciter du juge qu'il ordonne à un huissier de prendre connaissance de messages personnels, en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé (11).

S'agissant des connexions internet, en 2008 (12) la Cour de cassation a admis le libre contrôle par l'employeur des connexions Internet du salarié durant son temps de travail et en l'absence de celui-ci. Aucune réserve n'est donc faite quant à

une éventuelle identification par le salarié du caractère personnel de ses connexions (et pour cause, ce serait difficile).

Toutefois, on ne peut exclure une contestation par le salarié d'être l'auteur des connexions litigieuses (et de prouver par exemple que son poste de travail peut être utilisé par d'autres). En outre, il est essentiel que le système de traçage des connexions soit conforme aux règles de déclaration et de conservation relatives à la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés).

Dans un arrêt de mars 2009 (13), la Cour a ainsi validé un licenciement pour faute grave d'un salarié qui « avait usé de la connexion internet de l'entreprise à des fins privées pour une durée totale d'environ 41 heures en un mois » (14).

Mais ce n'est pas qu'une question de propriété du matériel. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a-t-elle logiquement considéré qu'en autorisant le salarié à emporter l'ordinateur portable à son domicile, « l'employeur reconnaît nécessairement un usage privé de celui-ci, sauf à étendre le temps et le lieu d'exécution du contrat de travail au domicile du salarié durant son temps de repos et de vie privée, ce qu'il ne revendique pas, de sorte que n'est pas justifié le licenciement fondé sur le seul motif tiré de la connexion le week-end par le salarié ou son fils à des sites considérés comme contraires à l'image de l'entreprise » (15).

Par ailleurs, le surf sur la toile se fait à présent de plus en plus sur les téléphones portables « intelligents » (smartphones) mais qui réservent des surprises sur les factures. En effet, on ne compte plus les contentieux entre les opérateurs et les consommateurs qui n'ont pas réalisé le coût de la consultation de leurs e-mails ou de l'accès à internet via leur téléphone, surtout depuis l'étranger. Or ce sont souvent ces salariés mobiles à qui les entreprises fournissent de tels gadgets : tel salarié, qui ne reçoit même pas sa facture de téléphone portable, se fait rappeler à l'ordre par son employeur qui vient de recevoir une note de plusieurs milliers d'euros (16).

Or la Cour de cassation autorise l'employeur à se servir librement des relevés de communications fournis par l'opérateur pour reprocher ses abus au salarié (17), sous réserve du droit à la confidentialité des communications des représentants du personnel sur le poste mis à leur disposition à l'effet de leur mandat.

On recommandera donc d'autant plus aux entreprises qui se munissent de telles « flottes » de téléphones nouvelle génération de prescrire quelques limites dans leur utilisation dans leur règlement intérieur, une note de service ou le contrat de travail lui-même.

Enfin, la Cour de cassation a admis la preuve par SMS dans une affaire de harcèlement sexuel (18).

QUELLE LIBERTÉ POUR LE SALARIÉ ?

Ce n'est pas parce que l'employeur aura pu librement consulter un fichier ou un courriel non identifié comme personnel, qu'il pourra nécessairement s'en servir pour sanctionner le salarié.

Rappelons en effet que le salarié jouit d'une liberté constitutionnelle d'expression et qu'il est titulaire d'un droit croissant au respect de sa vie personnelle.

Dès lors, son employeur ne peut lui reprocher, à l'appui d'une procédure disciplinaire, le contenu de courriels ou de fichiers informatiques légalement consultés sur son poste de travail, que si leurs termes constituent un abus de cette liberté d'expression.

La Cour de cassation considère comme abusifs « les propos injurieux, diffamatoires ou excessifs » (19).

L'abus peut aussi résider dans l'utilisation trop importante ou risquée de l'outil informatique de l'entreprise. Tel un salarié qui avait envoyé une dizaine de messages sur une période de 11 jours environ avec une pointe de 7 messages sur une même journée et y avait critiqué la politique de gestion de son employeur et incité l'ensemble des autres conseillers commerciaux de l'entreprise à tenter des actions

en justice et à signer une pétition contre l'employeur (20). Et de cet autre qui avait, pendant ses heures de travail, échangé avec ses collègues travaillant sur un autre site un nombre important de messages électroniques ludiques qui, à l'évidence, par leur longueur, leur répétition (18 messages par exemple dans une seule journée) et leur contenu ne pouvaient que le distraire de ses tâches, ce comportement « étant d'autant plus dommageable que le salarié ayant un poste de responsabilité se devait à ce titre de donner l'exemple » (21).

Que dire alors des consultations, même limitées, de sites contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, voire même tout simplement sans lien avec les fonctions du salarié ? Pour éviter la consultation de sites illicites (pédophiles, révisionnistes, d'incitation à la haine raciale, par exemples), on recommande d'utiliser en amont des filtres et pare-feux. Mais la sanction est plus compliquée lorsqu'il s'agit d'un simple usage licite mais ponctuel.

Quoiqu'on constate une tendance à l'adoption en ce domaine : ainsi la Cour d'appel de Dijon n'a-t-elle pas validé le licenciement d'un salarié qui avait consulté un site de rencontres sur internet en dehors des horaires de travail, la qualité de son travail n'ayant pas été affectée, et alors que l'employeur pouvait légitimement poser des interdictions de connexions à l'égard de certains sites web (22).

De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que se rend coupable d'abus de confiance le salarié qui détourne son ordinateur et la connexion Internet de l'usage pour lequel ils ont été mis à sa disposition, pour visiter des sites à caractère érotique ou pornographique et pour envoyer et recevoir des messages de même nature. La Cour d'appel a pu déclarer l'employeur recevable à se constituer partie civile et condamner le salarié à lui verser des dommages et intérêts après avoir constaté que celui-ci avait porté atteinte à l'image de marque et à la réputation de l'entreprise, en utilisant une adresse électronique comportant le nom de la société pour ses activités à caractère pornographique ou échangiste, et avait causé un préjudice économique à l'entreprise constitué par le coût des connexions téléphoniques (23).

Il en ira différemment de connexions privées qui peuvent demeurer anodines (sites de jeux, participations à des « chats » ou « forums », achats en ligne, réservations de vacances, etc.) : contrairement à ce cadre informatique qui avait, pendant près d'un an, téléchargé de la musique, des films et des fichiers vidéos pendant son temps de travail (24).

D'où l'importance de porter à la connaissance des utilisateurs des règles claires. C'est d'ailleurs ce que recommande d'ailleurs la CNIL dans son rapport du 5 février 2002, proposant la rédaction suivante : « Seuls ont vocation à être consultés les sites Internet présentant un lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle, sous réserve que la durée de connexion n'exécède pas un délai raisonnable et présente une utilité au regard des fonctions exercées ou des missions à mener. Une consultation ponctuelle et dans des limites raisonnables du web, pour un motif personnel, des sites Internet dont le contenu n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et ne mettant pas en cause l'intérêt et la réputation de l'organisation est tolérée » et, pour les courriels, la formule suivante : « Un usage raisonnable dans le cadre

Rubrique réalisée en partenariat avec l'Ordre des avocats à la Cour d'Appel de Reims



des nécessités de la vie courante et familiale est toléré, à condition que l'utilisation du courrier électronique n'affecte pas le trafic normal des messages professionnels ».

Inversement, tout abus de l'employeur concernant le nombre et le moment des appels qu'il passe au salarié sur son téléphone portable, notamment en tous lieux et à toutes heures peut constituer une atteinte disproportionnée à sa liberté individuelle et donc une exécution déloyale du contrat de travail, voire même une « atteinte volontaire à l'intimité d'autrui », sanctionnée par l'article L.226-1 du Code pénal (25).

Que penser des délégations permanentes d'e-mails ? En effet, l'auteur du courriel pense s'adresser à un destinataire mais ce dernier a donné une délégation de lecture à son assistante. Pire, sans que ni l'un ni l'autre ne le sache, tout ou partie de leurs courriels (en fonction notamment de leur objet) est automatiquement copié sur une autre boîte de réception.

Et que dire des entretiens de licenciement menés par webcam interposée et par ce brave Georges Clooney dans le récent film « In The Air » ?

« Pan metron » (« De la mesure en toutes choses ») enseignaient les Grecs, « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » traduit le Code du travail (26).

MAÎTRE VANESSA LEHMANN-MENSIOR,
VLM AVOCAT

NOTES

(1) Sources : Olfeo cité par Le Parisien 1^{er} février 2010.

(2) Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42942. Ces décisions sont en accès libre sur le site www.legifrance.gouv.fr/jurisprudencejudiciaire.

(3) Cass. soc. 17 mai 2005, n°03-40017 : où l'employeur avait découvert des photos érotiques dans un de ses tiroirs, puis « un ensemble de dossiers totalement étrangers à ses fonctions figurant notamment sous un fichier intitulé « perso ». La même année, la Cour d'appel de Paris avait estimé que le fait de conserver des dossiers personnels dans un ordinateur confié à des fins professionnelles ne constituait « pas nécessairement » une faute, alors que le fait pour l'employeur de faire clandestinement une copie du disque dur de l'ordinateur du salarié, pour l'examiner à loisir, constituait un manquement aux dispositions de l'article

8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CA Paris 5 janvier 2005 n° 04-37514).

(4) Cass. soc. 2 juin 2004 n° 03-45.269.

(5) CA Versailles 25 novembre 2003 n° 03-1537.

(6) Cass. soc. 18 oct. 2006, n°04-48025 et 04-47400.

(7) CA Dijon 4 mars 2008 n° 07-806.

(8) Cass. soc. 17 juin 2009 n° 08-40.274 : où les délégués du personnel avaient exercé leur droit d'alerte pour atteinte aux libertés individuelles.

(9) Cass. soc. 21 oct. 2009, n°07-43877 : où un salarié avait placé des courriers de dénonciation de son employeur dans son ordinateur personnel.

(10) Cass. soc. 15 déc. 2009, n°07-44264 : où l'huissier a ouvert un répertoire nommé des initiales du prénom du salarié contenant un sous répertoire nommé « personnel » et un sous répertoire nommé du patronyme du salarié, dont les documents ont été reproduits faisant apparaître des actes de concurrence à son employeur.

(11) Cass. soc. 10 juin 2008 n° 06-19.229 et Cass. soc. 23 mai 2007 n° 05-17.818 : dans les deux cas il s'agissait d'actes de concurrence déloyale.

(12) Cass. soc. 9 juillet 2008 n° 06-45800.

(13) Cass. soc. 18 mars 2009, n°07-44247.

(14) En revanche, l'heure d'ouverture d'un ordinateur ne coïncidant pas nécessairement avec l'heure d'arrivée au travail, son traçage ne peut servir à reprocher les retards (CA Versailles 15 février 2007 n° 05-5384).

(15) CA Versailles 18 mars 2003, 6^e ch. n° 02-46.

(16) La plupart du temps, depuis l'étranger, on ne maîtrise pas le coût de la consultation de sa messagerie car on est facturé en fonction du nombre d'e-mails reçus et de leur poids : envoyer des fichiers depuis son téléphone peut alors coûter un SMIC en quelques minutes !

(17) Cass. soc. 15 mai 2001, n°99-42937. Attention cependant, la CNIL considère quant à elle que ce procédé poursuit la même finalité qu'un autocommutateur et doit donc avoir été porté formellement à la connaissance du personnel, outre la consultation préalable des représentants du personnel compétents.

(18) Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209.

(19) Cass. soc. 30 oct. 2002, n°0-40868.

(20) CA Limoges 23 février 2009 n° 08-1112.

(21) CA Rennes 4 juillet 2000 n° 99-4167.

(22) CA Dijon 27 mai 2004, ch. soc., n° 03-584.

(23) Cass. crim. 19 mai 2004 n° 03-83.953.

(24) CA Douai 16 décembre 2005 n° 05-144.

(25) Rép. Hamel : Sén. 10 avril 1997 p. 1136 n° 19834; Rép. Deprez : AN 12 janvier 1998 p. 198 n° 3307.

(26) Art. L.1121-2 du Code du travail.